

## Servidões prediais *non aedificandi e prospectus*. Prazo prescricional. Não-uso e interrupção. Ação confessória

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO  
Magistrado Jubilado. Advogado

1. Tivemos sob estudo interessante caso de servidões recíprocas, constituídas por instrumento público, entre imóveis confinantes situados na cidade de São Paulo, o de um grande Shopping e área contígua onde deveriam erguer-se, como de fato foram erguidos, vários prédios de condomínios residenciais. A servidão buscava proteger 'a harmonia do conjunto', e para tanto tornou defeso construir qualquer muro divisório, garantindo servidões *itineris e viae*, bem como a servidão *prospectus*, de ampla vista. Os condomínios residenciais não obedeceram às restrições e construíram o muro, com portão e acesso limitado aos proprietários e convidados. Ajuizou então o Shopping, decorridos vários anos, uma ação de natureza confessória, embora nominada como 'manutenção de posse', e invocou a interrupção do prazo prescricional por via de interpelação ajuizada dentro do decênio.

No Tribunal de Justiça de São Paulo a demanda foi tida por improcedente, tendo o Condomínio do Shopping Center manifestado recurso especial.

2. O aresto recorrido fundou-se na premissa de que a servidão "não pode ser considerada existente", eis que "o decurso do tempo demonstrou, pelo não uso, sua não utilidade"; acresce que tal situação de fato "independe de qualquer interrupção formal como quer o autor". E, ainda, fundamenta-se na assertiva de que a interpelação fora inoperante como ato jurídico interruptivo do prazo prescricional, pois "a interpelação de 1981 não teve a finalidade precípua de interromper a prescrição".

3. Passemos pois a uma apreciação, ainda que necessariamente sucinta, dos conceitos de *não-uso da servidão* e de *prescrição da ação tutelar do exercício da servidão*.

*O não-uso e a prescrição* apresentam-se necessariamente *em relação como que de causa e efeito*?

Ou podem produzir eficácia *em planos jurídicos não necessariamente idênticos*?

Depois disso, convirá analisar como se caracterizaria o *não-uso* numa servidão tão peculiar como a que é objeto de análise; diga-se, servidão constituída por ato entre vivos, contratualmente, *sendo portando relevante a perquisição da vontade e dos objetivos colimados pelos contratantes*, a fim de aquilatar o alcance, a abrangência e as limitações do direito real que vieram a instituir.<sup>1</sup>

4. O eminentíssimo LAFAYETTE PEREIRA,<sup>2</sup> após mencionar que a prescrição "resulta do não-uso dos direitos que constituem a servidão", refere que nas servidões *afirmativas* (que impõem um dever de suportar, *pati*, pelo possuidor do prédio serviente) o não-uso "se começa a contar do momento em que cessa o exercício"; já nas servidões *negativas* (que impõem ao possuidor do prédio serviente um *non faciendi*), "o não-uso só se reputa datar do momento em que o dono do prédio dominante perde a quase-posse, isto é, desde que o dono do serviente chega a consumir o ato proibido".<sup>3</sup>

5. Também ALBERTO TRABUCCHI<sup>4</sup> como que parifica o *não-uso* e a *prescrição*:

1 Por todos, CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 5ª ed., Freitas Bastos, n. 427.

2 "Direito das Coisas", 1992.

3 Ob. cit., § 134.

4 "Istituzioni di Diritto Civile", 8ª ed., Cedam, Padova, 1954.



"La servitù si estingue per prescrizione quando non se ne usi per venti anni. ... Il dies a quo del termine di prescrizione varia secondo le diverse specie di servitù."<sup>5</sup>

"Come regola generale, il termine decorre dal momento nel quale si è verificato il fatto che ne ha impedito l'esercizio, cioè dalla contradictio: per esempio, nella servitus altius non tollendi dal giorno in cui si è elevato il muro che non si poteva costruire, nella servitù di acquedotto dal giorno in cui furono tolti i canali."<sup>6</sup>

#### 6. No magistério de MARCEL PLANIOL:

"La servitude est éteinte au bout de trente ans quand l'ayant droit ne l'exerce pas (art. 706). Au fond, il s'agit d'une prescription extinctive; traditionnellement on lui donne le nom de non usage. Le propriétaire du fonds dominant est censé renoncer à son droit, quando il reste si longtemps sans l'exercer; les servitudes ne sont tolérées qu'à la condition d'être utiles: quand leur inutilité est démontrée, la loi les supprime."<sup>7</sup>

#### 7. Também FRANCESCO MESSINEO:

"La servitù si estingue:

.....  
b) per prescrizione (ventennale), a causa del non-esercizio (non uso) della servitù (1.073 primo comma), o a causa del suo esercizio in tempo diverso da quello indicato dal titolo o dal possesso (1.076)."<sup>8</sup>

Explicita MESSINEO que nas *servidões negativas*, as quais se resolvem em um *não-fazer* pelo dono do prédio serviente, o *não-uso* da servidão por parte do proprietário do prédio dominante não se poderá dar "sino a quando il proprietario del fondo servente non violi il suo obbligo, compiendo un atto positivo". Assim, a *servidão negativa* não se extingue por prescrição ante a só circunstância de que o proprietário do prédio dominante não tenha realiza-

do atos efetivos de exercício; "invero, l'esercizio sta qui, di regola, nel non-far nulla, sin che faccia qualcosa il proprietario del fondo servente, proprio perchè si tratta di servitù negativa (1073 secondo comma)".<sup>9</sup>

Igualmente ROBERTO DE RUGGIERO<sup>10</sup> convém que "extinguem-se finalmente as *servidões por prescrição*, quando não se usem pelo espaço de trinta anos (art. 606)".

8. No novíssimo Digesto Italiano, verbete *Servitù Prediali*, o comentador prof. ALBERTO BURDESE, após menção ao texto do artigo 1.073 do Código Civil da Itália, *verbis* "La servitù si estingue per prescrizione quando non se ne usa per venti anni", alude a que, no tocante às *servidões negativas*, para a caracterização do não-uso é necessário "che si crei sul fondo servente una situazione in contrasto con il contenuto della servitù, perchè non ne derivi più utilità al fondo dominante".

9. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO<sup>11</sup> segue, a respeito, a mesma orientação, com o magistério de que:

"A doutrina dominante manifesta-se no sentido de que o não-uso outra coisa não é senão a própria prescrição. Nessas condições, todas as normas gerais peculiares à prescrição se aplicam também ao não uso" (grifos nossos).

10. Este paralelismo, entre *não-uso* e *prescrição*, é sustentado igualmente por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA,<sup>12</sup> como se vê do seguinte excerto:

"Tal como se dá com a prescrição extintiva, comporta suspensão e interrupção o fluxo do prazo de não-uso, subordinando-se aos mesmos efeitos que em relação àquela"<sup>13</sup> (grifo nosso).

Não discrepou, pois, do prístino magistério de DÍDIMO AGAPITO DA VEIGA<sup>14</sup> quem, após incursão pelo direito comparado, afirmou que "O Co-

5 Ob. cit., p. 435.

6 Ob. cit., N.R. 2, p. 435.

7 MARCEL PLANIOL, "Traité Élémentaire de Droit Civil", 4ª ed., Paris, 1906, tomo I, p. 961.

8 FRANCESCO MESSINEO, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", Milano, Giuffrè ed., 1974, p. 185.

9 Ob. cit., ps. 185-186.

10 "Instituições de Direito Civil", trad. port. Saraiva, vol. II, p. 463.

11 "Curso de Direito Civil", 7ª ed., Saraiva, 1967, p. 288.

12 "Instituições de Direito Civil", 4ª ed., FORENSE, vol. IV, n. 339.

13 Ob. cit., n. 339, p. 221.

14 "Manual" de PAULO LACERDA, Rio de Janeiro, 1925, vol. IX, Parte Iª, p. 461 e *passim*.



*digo seguiu a feição jurídica da prescrição extintiva das servidões adoptada nos Codigos modernos". (sic)*

11. Vemos, destarte, que de longo tempo, e com assento em doutrina de autores do maior renome, vem sendo aceito que a *a menção ao não-uso no art. 710, II, do Código Civil brasileiro*, e em disposições análogas na legislação alienígena, *representaria fundamentalmente uma fixação de prazo para o exercício da ação destinada à tutela da servidão predial*; portanto, sob tal ângulo, os efeitos do não-uso serão atingidos pela eficácia interruptiva ou suspensiva das mesmas causas que interrompem ou suspendem os prazos prescricionais de maneira geral.

Esta linha de raciocínio torna de menor relevo o indagar se o "adiantamento", no saneador, da decisão sobre o não-uso (decisão *heterotópica*, no dizer de PONTES), teria operado, ou não a *preclusão* para os julgadores de segundo grau.

12. O eminente relator no col. STJ pôs de parte os temas da *extinção da servidão*, e os de sua *natureza* e do seu *uso ou não-uso*, firme no argumento de que a questão da extinção fora decidida na fase do saneamento, *verbis*:

"Nada tem a ver" (a controvérsia a ser solucionada no recurso)"com a extinção da servidão, decidida esta preliminar no saneador, irrecorrido, nestes termos: "A terceira preliminar, relativa à extinção da servidão, pelo não uso, desmerece acolhida. É que, consoante escólio de PONTES DE MIRANDA, trazido à colação pelo autor na réplica de fs. 159 a 177, enquanto não cancelado o registro a servidão subsiste como direito real, não se podendo, pois, falar em extinção" (fs. 190 v). "Também não se discute, nesta oportunidade, a natureza da servidão e o seu uso ou não."

13. Vamos todavia aceitar, *para dar azo a uma análise mais ampla do tema*, que a questão do não-uso possa ser trazida à balha no recurso especial.

É que alguns autores põem *distinção conceitual* entre o *não-uso* e a *prescrição*: o *não-uso*, como *Causa de Extinção do Próprio Direito*; a *prescrição*,

como *Exceção* oponível à pretensão<sup>15</sup> manifestada pelo autor, inclusive às pretensões e ações reais.<sup>16</sup>

14. Segundo PONTES, o não-uso acarreta a 'preclusão' (*sic*) do próprio direito: "extingue-se a servidão como direito real limitado. O prazo nada tem com os prazos prescricionais"<sup>17</sup>, considerando o não-uso imune, em princípio, aos atos interruptivos da prescrição.

A posição de PONTES foi adotada, em termos, por ARNALDO RIZZARDO,<sup>18</sup> para quem os casos de interrupção da prescrição do art. 172 do C. Civ. *pouco significam*, se uma atividade humana, ou demanda judicial de condenação, não for exercida ou intentada.

15. Vale, aqui, uma observação: embora seja dito que a servidão se extingue pelo não-uso, em verdade o *direito real somente se extingue pelo cancelamento* – C. Civ., art. 708. É certo que o C. Civ., neste artigo, menciona a extinção "com respeito a terceiros"; mas um direito não pode, sem contradição ontológica, existir para uns e não existir para outros.

Cumpr, pois, o *discrímen* entre os planos da *existência* e da *eficácia*. Pelo não-uso decenal, a *servidão deixa de ter eficácia*, não mais produzirá efeitos entre os proprietários dos prédios dominante e serviente, perdendo aquele contra estes as pretensões decorrentes do vínculo real. Pelo cancelamento do registro imobiliário, o *próprio direito real estará extinto*, já agora *erga omnes*.

16. A constituição de uma servidão implica 'alienação parcial do direito de propriedade', pois consiste em restrições ao conteúdo do direito de propriedade sobre o prédio serviente, em obséquio à necessidade ou à conveniência do comércio social<sup>19</sup>. O fundo serviente passa a ser considerado, *para certos efeitos*, como se fosse de propriedade do dono do prédio dominante: "*L'object d'une servitude est d'attribuer à celui à qui elle appartient un droit réel sur le fonds grevé; ce fonds, s'il est permis d'employer cette expression, est considéré comme sa propriété à quelques égards*"<sup>20</sup> (grifo nosso).

15 PONTES DE MIRANDA, "Tratado", tomo VI, § 662, n. 6.

16 *Idem, ibidem*, § 663, n. 1.

17 *Ibidem*, t. XVIII, § 2.299, n. 8.

18 "Das Servidões", Aide Ed., 1984, ps. 142-143.

19 CAIO MÁRIO, ob. cit., ns. 336-337; SERPA LOPES, "Tratado dos Registros Públicos", 2ª. ed., n. 437.

20 J. M. PARDESSUS, "Traité des Servitudes", 10ª ed., Bruxelas, 1841, p. 8, n. 9.

Esta *aquisição parcial* (em se cuidando de servidão aparente) pode dar-se também por *usucapião* (C. Civ., arts. 509 e 698), através do exercício de atos possessórios inerentes à servidão, observados o prazo e as condições previstos em lei. *Os prazos do usucapião são passíveis de interrupção ou suspensão*, pelas mesmas causas que interrompem ou suspendem os *prazos prescricionais* – C. Civ., art. 553. *O usucapião decorre, pois, do uso da servidão*.

Ora, não esqueçamos que do *não-uso*, como motivo de extinção da servidão, decorre também uma *transmissão parcial do direito de propriedade*, pois o prédio serviente *recupera sua situação anterior* de propriedade plena, *readquirindo* seu proprietário os poderes e faculdades antes objeto da servidão. Um verdadeiro "usucapião reverso".

Qual o motivo, assim, para que o *não-uso* tenha seus efeitos jurídicos subtraídos àquelas mesmas causas que suspendem ou interrompem os efeitos do *uso*?

17. As causas interruptivas da prescrição aplicam-se, destarte, também aos efeitos do *não-uso* da servidão.

ARNALDO RIZZARDO, escrevendo sobre o *não-uso*, sublinha a similitude: "*trata-se de uma prescrição liberatória, por efeito da qual o fundo que devia a servidão fica desobrigado, já salientava DEMOLOBE, para quem a espécie caracteriza uma presunção de abandono por parte do prédio dominante*" (grifo nosso).

Reiteremos o ensinamento de PLANIOL, já mencionado: "*Le propriétaire du fonds dominant est censé renoncer à son droit, quand il reste si longtemps sans l'exercer; les servitudes ne sont tolérées qu'à la condition d'être utiles: quand leur inutilité est démontrée, la loi les supprime*"<sup>21</sup> (grifo nosso).

Ora, esta *presunção* de 'abandono', de 'renúncia' à servidão por parte do titular do prédio dominante, *cai por terra* ante qualquer dos atos previstos no art. 172, incs. I a IV do C. Civ., inclusive por "qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor" (inciso IV).

18. Na interpelação *ajuizada em 1981*, o Condomínio do Shopping Center (como prédio dominante e igualmente serviente) requereu declinassem os interpelados "as razões pelas quais não cumpriram o avençado" no contrato sinalagmático de cons-

tituição das recíprocas servidões, *constituindo-os em mora*.

Assim, se abandono aparentemente houvera, se tolerância vinha sendo mantida com o desrespeito à servidão, *tal conduta leniente cessou naquela oportunidade. Cessou inequivocamente*, e assim foi reconhecido, e proclamado, pelo eminente relator ao examinar a questão da prescrição.

19. *Temos portanto que:*

a) Em se apreciando a lide sob o aspecto do *não-uso* (muito valorizado no acórdão recorrido, proferido em grau de apelação); ou

b) Em se apreciando a lide sob o aspecto da *prescrição da ação*, como o fez o eminente relator nesse col. STJ.

*De qualquer forma*, foi interrompido o prazo decenal *quer do não-uso*, como causa extintiva da servidão, *quer da prescrição* da ação real da tutela do direito à servidão! Interrompido nos termos do art. 172, IV, do C. Civ.

20. Aliás, não é possível relegar ao oblvio que a escritura de constituição, firmada pelos proprietários dos imóveis contíguos, estabeleceu servidões recíprocas, portanto, *servidões indissoluvelmente vinculadas umas às outras*.

Será conceptível que a *servidão non aedificandi e itineris* em favor de um dos contratantes seja considerada *extinta pelo não-uso*, e a *mesma servidão*, favorável ao outro prédio, possa ser tida como plenamente vigorante? A servidão *recíproca* poderá transmutar-se em servidão em favor apenas de um dos prédios? Ambos os prédios foram instituídos como *dominante e serviente* um do outro. Poderemos ficar com um prédio *apenas dominante*, o outro *apenas serviente*?

Ora, os Condomínios réus continuam se beneficiando com a servidão de trânsito pela área do estacionamento do Shopping. Os veículos que pretendem o acesso aos Condomínios réus, pelo portão construído na linha divisória, *necessariamente passam* pela área de estacionamento e trânsito no imóvel do *Shopping*!

Se os Condomínios réus continuam se beneficiando da servidão, como considerá-la extinta relativamente ao Condomínio autor? *Ou a servidão existe para todos os contratantes, ou para todos estará extinta*!



21. No pertinente ao *termo inicial* do prazo decenal, tal prazo, nas circunstâncias do caso em estudo, deverá ser contado *somente a partir do 'habite-se' concedido às construções feitas no prédio serviente*, ou seja, a partir de 3 de abril de 1974.

São válidos e corretos os argumentos expendidos na r. sentença:

"A servidão foi instituída por escritura pública de 24.1.69, devidamente registrada em 14 de maio do mesmo ano (fs. 16 a 23), cujo lapso prescricional, que é de 10 anos, segundo o art. 177 do C. Civ., flui a partir da construção do imóvel.

É que antes da construção do edifício, não se podia fazer uso da servidão, cuja obtenção de uso, após construído o prédio, marcaria o início da fluência do prazo de prescrição.

Neste sentido, ensina J.M. CARVALHO SANTOS: "Imprescritível é a servidão, na hipótese inversa, quando é constituída sobre um edifício ainda por construir, porque somente do dia em que terminar a construção é que pode ser exercitável por parte do titular".<sup>22</sup>

Ora, tem-se por edificada a obra e apta a ser utilizada – quando então passaria a correr o prazo prescricional – quando aprovada pelo Poder Público, que autoriza a sua utilização para o fim a que se destina. No caso, o Auto de Vistoria de f. 25, que considerou a edificação de "acordo com a legislação em vigor, podendo ser utilizada para o fim a que se destina", é de 3.4.74 (f. 25), tal como asseverou o Dr. Perito: "... pode-se dizer que desde o habite-se expedido em 3.4.74, vem sendo exercida, de fato, pelos Condomínios Edifícios Avignon, Monfort, Chatel e Dijon, que mantêm a área fechada, autorizando o acesso, somente àqueles que lhe convém" (f. 222).

Ocorreu que o autor, antes da expiração do lapso prescricional, ou seja, em 11.8.81, procedeu a interpelação judicial dos réus acerca da desobediência à servidão predial, reclamando-lhe explicação, consoante afirmação de fs. 162 a 163, que não foi impugnada, medida que tem o condão de constituir os réus em mora e interromper o prazo prescricional, *ex vi* do art. 172, incs. II e IV, do C. Civ. aplicável à espécie.

Rejeita-se, pois, a preliminar de prescrição de ação; acolhe-se, porém, a de carência da demanda,

por falta de demonstração de posse anterior do autor da "área sobre a qual foi construída a servidão" (f. 86) (da sentença).

Antes do 'habite-se' não seria, portanto, exercitável a ação (*rectius*, a pretensão) real inerente à servidão.

22. E também não o era tendo em vista os próprios motivos pelos quais resolveram os então proprietários dos imóveis contíguos instituir o *ius in re aliena* recíproco.

Objetivaram os contratantes, então, conforme já sublinhado (inc. 4º), *não prejudicar a harmonia do conjunto*, e para tanto puseram *em comum* o parque de estacionamento do 'shopping' e a área a ser ajardinada dos prédios projetados, com recíprocas servidões de vista e de trânsito, e a taxativa proibição de construção de muros divisórios entre os respectivos terrenos.

Se assim foi avençado, e com tal propósito fundamental, torna-se evidente que *somente quando do término das construções e dos ajardinamentos seria possível aquilatar se fora realmente malferida a 'harmonia do conjunto'*, e em que medida tal harmonia teria sido prejudicada. Somente a partir desse momento, *fixado no tempo pela concessão do 'habite-se'*, surgiu a *actio nata*, tornou-se exercitável em juízo a *pretensão* em favor da parte que se considerasse com seus direitos reais *in re aliena* violados.

23. Examinando a causa sob outro aspecto, vê-se que o juízo monocrático, após *rejeitar* a 'preliminar' (que não o é em sentido processual) de *prescrição da ação* invocada pelos réus, veio a *acolher* a de *carência da demanda*, e isso por considerar não teria o autor comprovado "posse anterior" na "área sobre a qual foi construída a servidão" (*sic*), "posse anterior sobre a área servienda, em face da natureza do litígio, que é possessória" (*sic*).

É indubitoso que *o exercício dos atos de posse das servidões* pode ser tutelado mediante as *ações possessórias*, nos termos do art. 509 do C. Civ. Irrelevante perquirir, aqui, se somente admissível a ação de manutenção, ou se também a ação reintegratória, inclusive porque se trata de ações 'fungíveis', como está no art. 920 do C. Civ.<sup>23</sup>

22 "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. IX, p. 270.

23 ARNALDO RIZZARDO, por todos, ob. cit., Cap. XI, ps. 160 e segs.

24. A ação fora nominada como de manutenção de posse, com abrigo no art 523 do C. Civ. Não postulada a liminar, pois invocada ofensa velha de mais de ano e dia, a causa seguiu o procedimento comum ordinário, com pedido final de demolição do muro e do portão, e de garantia ao livre acesso a seus jardins e às vias internas, tal como previsto na escritura, como condenação ainda a perdas e danos e cominação de multa por violação ao preceito.

A defesa dos demandados foi exercida com amplitude plena, *extravassando os lindes do debate meramente possessório*: houve o amplo questionamento de matéria ligada à própria *subsistência da servidão*, tais como o *não-uso decenal*, e a *desnecessidade da servidão* para o prédio do Shopping.

Em suma: a lide, o próprio direito atual à servidão, foi objeto de *perquirição integral*, de *contraditório pleno* sob todos os aspectos juridicamente relevantes.

25. Portanto, embora nominada como *possessória*, é lícito afirmar que *pelos seus fundamentos e pelo pedido formulado*, em suma, pela *res in iudicium deducta*, a demanda contém substancialmente uma *pretensão petitoria*. Cuida-se, destarte, e esta é *quaestio iuris* relevante, de *demanda de natureza confessória*. É de remansosa jurisprudência que "não é nome dado pela parte à ação proposta que a define, mas sim a presença dos seus requisitos na demanda".<sup>24</sup>

O autor provou ser o titular do direito real de servidão, apresentando seu título, cujo registro *encontra-se vigente, pois não foi cancelado*; e provou, não o negam os demandados, que as limitações impostas pela servidão não foram cumpridas pelos réus, que construíram onde não podiam construir, que impedem o trânsito onde deveriam permiti-lo, que prejudicaram a contratualmente objetivada 'harmonia do conjunto'.

E postula, ao fim, com o *reconhecimento do direito real de servidão*, a *destruição das obras edificadas em seu detrimento*.

26. Que ação será esta? Simplesmente possessória? Ou demanda substancialmente *confessória*, apenas apresentada sob *nomen iuris* menos adequado?

Na ação confessória, como está em PONTES DE MIRANDA, "o autor tem de provar o esbulho ou a turbação, e não a posse da servidão"; e o réu pode opor em defesa, inclusive, a "falta de utilidade da servidão", bem como as causas de sua extinção, tal como "o não-uso durante dez anos contínuos".<sup>25</sup>

27. Na *actio confessoria*, e assim ensinou ROBERTO DE RUGGIERO, "o autor deve demonstrar o seu direito à servidão (visto que até prova em contrário o prédio se presume livre), bem como o impedimento feito ao exercício do seu direito", buscando obter "o reconhecimento do direito contestado e assegurar o seu livre exercício".<sup>26</sup>

FRANCESCO MESSINEO declara que a *confessória* pode assumir um *duplice atteggiamento*: é ação de *accertamento* quando contestada a própria existência, ou modo de existir, da servidão, e ação *petitoria in senso stretto* quando dirigida a fazer cessar "gli eventuali impedimenti o le eventuali turbative"; além disso, "il titolare di una servitù può esercitare una diversa azione e pretendere la rimessione in pristino stato (quindi, anche la distruzione) di ciò che sia stato fatto in violazione dell'obbligo di non-fare, assunto dal proprietario del fondo servente".<sup>27</sup>

28. A natureza múltipla, complexa da ação confessória é sublinhada por ETTORE FAVARA, com o asserto de que "si suole distinguere un'azione confessoria di condanna, da un'azione confessoria di accertamento, e da un'azione confessoria a carattere petitorio", salientou, outrossim, que "l'azione confessoria potrà essere limitata alla richiesta che chi ha costruito in violazione del divieto debba tollerare che il titolare della servitù distrugga quanto è stato così indebitamente costruito oltre a risarcire il danno".<sup>28</sup>

29. Assim sendo, a demanda intentada, embora aparente limitação decorrente do *nomen iuris* constante da inicial, em realidade ostentou fundamentos e apresentou pedidos adequados a uma *ação confessória*.

24 RJTJRS 117/350; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, "Manual de Direito Processual Civil", Saraiva, vol. 2, n. 516.

25 PONTES DE MIRANDA, "Tratado", 3ª ed., t. XVIII, § 2.238, n. 2.

26 Ob. cit., ps. 464-465.

27 Ob. cit., p. 187.

28 "Novissimo Digesto Italiano", verbete 'Azione Confessoria e Negatoria - Diritto Civile'.

Os temas versados, as questões decididas tanto em primeira instância como no venerando aresto recorrido, acomodam-se a uma demanda petítória; com efeito, a lide não fora discutida sob o aspecto da existência ou não da *posse da servidão*, mas

inclusive a ação fora contestada pelo RR sob alegações de *não-uso* e de *desnecessidade da servidão*, ou seja, fora impugnada a subsistência do próprio direito real decorrente do contrato instituidor da servidão.